



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS SOCIAIS - FAJS

HANALLY LOPES MOURA

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE**

Brasília

2013

HANALLY LOPES MOURA

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB, como
requisito parcial para obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Júlio César Lérias

Brasília

2013

MOURA, Hanally Lopes.

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Hanally Lopes Moura. Brasília: UniCEUB, 2013.

56 fls.

Monografia apresentada ao Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito. Orientador: Júlio César Lérias.

1. Investigação de Paternidade. 2. Relativização da coisa Julgada. 3. Exame de DNA. 4. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Aos meus pais, Sileide e Joaquim, minha eterna gratidão, pelo apoio incondicional, incentivo, carinho e amor. Aos meus irmãos, Nayara e Igor, por todo apoio. A todos os meus familiares, por toda torcida.

Agradeço a Deus por sempre iluminar os meus caminhos, por acalmar meu coração nos momentos difíceis e por ter me dado forças para a conclusão de mais essa etapa.

Ao meu orientador, Professor Júlio César Lérias Ribeiro, pela dedicação e incentivo que foram fundamentais para a concretização deste trabalho.

RESUMO

A presente monografia tem como tema a relativização do instituto da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade transitadas em julgado sem a realização do exame de DNA. A possibilidade de relativização do referido instituto se dá em razão da busca pela verdadeira origem biológica, da efetivação do direito ao estado de filiação e do princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, esta monografia tem como problema central a possibilidade de se mitigar o instituto da coisa julgada para possibilitar que os investigadores proponham uma nova ação de investigação de paternidade para se executar o exame de DNA, dado o seu caráter de prova absoluta. A indagação trata sobre o que deve prevalecer nessas ações, isto é, o princípio da segurança jurídica ou o princípio da dignidade da pessoa humana. Diante do problema levantado, a hipótese de verificação analisará a possibilidade de se prestigiar a dignidade da pessoa humana sobre o princípio da segurança jurídica, uma vez que a prevalência do primeiro princípio, no caso concreto, mostra-se mais proporcional do que o prestígio do segundo.

Palavras chave: Investigação de Paternidade. Relativização da coisa Julgada. Exame de DNA. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE	10
1.1. O princípio da dignidade da pessoa humana	10
1.2. O estado de filiação como concretização da dignidade da pessoa humana	15
1.3. A coisa julgada como efetivação do princípio da segurança jurídica e a possibilidade de sua relativização	20
2. O ADVENTO DO EXAME DE DNA E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.....	25
2.1. A prova na Ação de Investigação de Paternidade	25
2.2. O DNA como prova absoluta na ação de investigação de paternidade ...	30
2.3. A solução para o conflito entre as normas constitucionais atinentes a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade	33
3. APLICAÇÃO JUDICIAL DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COM O ADVENTO DO EXAME DE DNA	39
3.1. Jurisprudência favorável à relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade com o advento do exame de DNA	39
3.2. Jurisprudência contrária à relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade	47
CONCLUSÕES	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

O tema da presente monografia “A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade”, vem ganhando especial importância no âmbito doutrinário e jurisprudencial, evidenciando, assim, a crescente preocupação de deixar de lado os aspectos formais a fim de se prestigiar a verdadeira origem biológica.

Essa preocupação em relação à mitigação do instituto da coisa julgada decorre da impossibilidade que havia de se comprovar a paternidade com base nas provas documentais, testemunhais e nas presunções legais, uma vez essas provas são extremamente frágeis se comparadas com o exame de DNA.

Certamente esta noção errônea de que se deve prevalecer à segurança jurídica, representando obstáculo à concretização da dignidade da pessoa humana, deve ser reavaliada.

O tema em debate enseja duas correntes doutrinárias que se apresentam divergentes. A corrente majoritária permite a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade por entender que deve prevalecer a verdadeira origem biológica, atestada pelo exame de DNA, sobre o instituto da coisa julgada, vez que sua aplicação no caso concreto mostra-se mais proporcional.

A corrente minoritária sustenta que ao mitigar a coisa julgada há criação de certa insegurança jurídica e a eternização dos litígios, entendendo, assim, que deve prevalecer o instituto da coisa julgada.

Nesse passo, o ponto crucial para a relativização do instituto da coisa julgada material se dá em razão da busca pela verdade real e pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, o objetivo da presente monografia é de demonstrar que deve-se possibilitar a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade por ser o meio garantidor da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, as hipóteses da pesquisa serão pautadas nas seguintes indagações: o que deve prevalecer, a coisa julgada ou a verdadeira origem biológica facilmente atestada pelo exame de DNA? Qual o princípio deve prevalecer, segurança jurídica ou a dignidade da pessoa humana e qual a solução para o conflito entre esses princípios?

Para melhor explanação do tema a presente pesquisa adotará o método dedutivo, com base em pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais referente ao assunto que será abordado, apresentando os motivos que fundamentam o posicionamento que possibilita a relativização da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade e os principais instrumentos legais que tratam do tema.

Por conseguinte, no primeiro capítulo serão abordados os princípios constitucionais essenciais envolvidos nas ações que visam à investigação de paternidade, quais sejam: o princípio da segurança jurídica e o princípio da dignidade da pessoa humana. Será explanado, ainda, a evolução do reconhecimento dos filhos até os tempos atuais, para que assim haja melhor compreensão da importância do direito ao estado de filiação como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

O segundo capítulo, por sua vez, tratará das provas usadas nas ações investigatórias e a importância do exame de DNA nessas ações. Após essa análise, há demonstração da fragilidade das provas apresentadas, e por conseguinte, a força probatória do exame de DNA. Ao final, após verificar a importância do DNA nessas ações, será analisado qual o princípio constitucional deve prevalecer no caso concreto, a segurança jurídica ou a dignidade da pessoa humana.

Por fim, o terceiro capítulo versará sobre o objeto central da monografia, qual seja, a relativização da coisa julgada nas investigações de paternidade, apresentando, para tanto, as tendências dos Tribunais.

Ao final, serão apresentados alguns aspectos de caráter conclusivo, esperando que os mesmos contribuam de alguma forma, para a possibilidade da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade em razão da possibilidade de execução do exame de DNA.

1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE

Neste capítulo serão abordados os princípios constitucionais essenciais envolvidos nas ações que visam à investigação de paternidade, quais sejam: o princípio da segurança jurídica e o princípio da dignidade da pessoa humana. Explanará, ainda, a evolução do reconhecimento dos filhos até os tempos atuais, para que assim haja melhor compreensão da importância do direito ao estado de filiação como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1. O princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal insculpiu em seu artigo primeiro os princípios fundamentais que regem a República Federativa do Brasil, sendo eles: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Dentre esses princípios, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana por ser o princípio basilar para a interpretação dos direitos inerentes ao homem, e como tal possui caráter supremo, absoluto, inalienável e indisponível, não podendo sofrer qualquer mitigação, sob pena de gerar insegurança jurídica.

A palavra princípio significa a “acepção de começo, início, nascimento, origem e deriva do latim *principium*.”¹ Antes de mais nada, para que se entenda o conceito de princípio no seu sentido jurídico é necessário a compreensão do seu significado em suas diversas fases para que então a análise de seu significado no nosso ordenamento jurídico atual se realize.

Edinês Maria Sormani divide a compreensão do significado de princípios em três fases, sendo elas: a fase do jusnaturalismo, positivismo e do pós-positivismo.

¹ GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de família**: princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Editora de Direito LTDA, 2003, p. 13.

Na primeira fase, denominada como fase jusnaturalista, os princípios não estavam positivados, “habitavam uma esfera totalmente abstrata, como paradigmas axiomáticos que inspiravam os postulados de justiça.”² Nessa fase, os princípios eram considerados superiores ao ordenamento jurídico, já que tinham por escopo a inspiração dos ideais de justiça³.

Na fase positivista, os princípios passam a ser vistos como fonte subsidiária do direito⁴. Tinham como objetivo preencher as lacunas que havia na lei. Nessa fase, os princípios “não são encarados como superiores às leis, mas delas deduzidos, para suprirem os vazios normativos que elas não puderem prever”.⁵

Por fim, a fase pós-positivista surgiu nas últimas décadas do século XX, com o advento dos direitos sociais.⁶ “Nesta fase, os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito”⁷, passando a ser vistos como base do ordenamento jurídico.

A concepção contemporânea de princípio é norteadada pela fase pós-positivista. Assim, são considerados à base do ordenamento jurídico constitucionalista, dada a sua importância normativa. Em caso de lacuna na lei, os princípios devem ser usados para preencher o vazio deixado pelo legislador. Nesse sentido, Edinês Maria ensina que:

“Aos princípios, que eram tidos como meras exortações e não verdadeiros comandos de Direito, era negada a característica de norma jurídica. A Constituição seria então o repositório natural dos princípios, entendidos como desprovidos de natureza eminentemente jurídica, porém, as novas Constituições promulgadas, principalmente

² GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Editora de Direito LTDA, 2003, p. 14.

³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.58.

⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.58.

⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.58.

⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.59.

nas últimas décadas do século XX, trazem os princípios convertidos em fundamento do sistema jurídico”.⁸

Os princípios deixaram de servir como mera orientação, passando a ser considerados como lei das leis.⁹ “Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas”.¹⁰

Em razão da importância que lhe foi atribuída, os princípios não sofrem mutação ao longo do tempo, sendo sempre absoluto, não sendo possível que haja qualquer tipo de relativização e variação.¹¹

Há que se destacar, ainda, que os princípios são normas jurídicas, “a distinção que se opera entre regras e princípios é de natureza qualitativa, visto que a regra se inspira nos princípios para a formação de seu conteúdo”.¹² Deste modo, as regras devem ser subordinadas aos princípios.

Posto isso, verifica-se que os princípios encontram-se no ponto mais elevado do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que as normas devem sempre respeitá-los. “É como se o ordenamento jurídico – que no caso do ordenamento jurídico brasileiro é quase completamente escrito – fosse um tecido costurado sobre os princípios”.¹³

Esclarecida a importância dos princípios e a compreensão de seu significado em suas diversas fases, faz-se necessário a análise de como historicamente foi entendida a dignidade da pessoa humana. Para isso, será usada

⁸ GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Editora de Direito LTDA, 2003, p. 14.

⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.100.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.92.

¹¹ GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Editora de Direito LTDA, 2003, p. 20.

¹² GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Editora de Direito LTDA, 2003, p. 20.

¹³ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência** / Rizzato Nunes. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

a terminologia empregada por Miguel Reale, sendo elas: individualismo, transpersonalismo e personalismo.¹⁴

A concepção do individualismo caracteriza-se “pelo entendimento de que cada homem, cuidando dos seus interesses, protege e realiza, indiretamente, os interesses coletivos”.¹⁵ Assim, o individualismo busca proteger a liberdade plena dos indivíduos e limitar o poder do Estado, para que se conquiste o bem de toda a coletividade.¹⁶

O transpersonalismo, em entendimento contrário do individualismo, “acredita que é buscando o bem coletivo que salvaguardamos os direitos individuais”.¹⁷ Deste modo, acredita-se que “a dignidade da pessoa humana realiza-se no coletivo.”¹⁸

A terceira concepção, denominada de personalismo, “nega a existência da harmonia espontânea entre indivíduo e sociedade, resultando, numa preponderância do indivíduo sobre a sociedade, seja a subordinação daquele aos interesses da coletividade”.¹⁹

A concepção atual da dignidade da pessoa humana a coloca como base de todo estado democrático de direito, e, em razão disso, foi elevado em nosso ordenamento jurídico como princípio nuclear.²⁰ “Logo, a dignidade é absoluta, plena, não podendo sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo”.²¹ Nesse sentido, dispõe Ricardo Maurício Freire Soares:

¹⁴ SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p.29.

¹⁵ SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p.29.

¹⁶ SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p.30.

¹⁷ SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p.30.

¹⁸ SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p.29.

¹⁹ SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p.31.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado LTDA – 2004. P. 115.

²¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência** / Rizzato Nunes. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

“Uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a ser alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensada apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrada numa perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes estatais”.²²

Destarte, a dignidade da pessoa humana “é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais”.²³ Dada a sua importância constitucional é tratado como norma hierarquicamente superior ao ordenamento jurídico.²⁴

Assim, como o homem é o valor supremo do ordenamento jurídico brasileiro, deve-se proteger a sua dignidade, especialmente quando estiver em jogo direitos personalíssimos, assim como ocorre nas ações de investigação de paternidade. Quando existe o impedimento dos filhos conhecerem suas verdadeiras origens biológicas, acaba-se por afrontar este princípio.

Nesse mesmo sentido é o entendimento perfilhado por Éderson Garin. Confira-se:

“Nas ações de estado onde estão em jogo direitos personalíssimos e inalienáveis, como é o caso das demandas de investigação de paternidade, a proteção e guarda do Estado à dignidade da pessoa humana deve ser perseguida com afinco. Destarte, é dever do Estado tutelar a garantia da dignidade da pessoa humana, assegurando ao cidadão que sente sua dignidade ser atingida resposta do poder judiciário”.²⁵

Deste modo, a dignidade da pessoa humana como princípio nuclear da Constituição Federal deve ser sempre respeitada, especialmente quando estiver em

²² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149.

²³ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência** / Rizzato Nunes. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50.

²⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência** / Rizzato Nunes. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50.

²⁵ PORTO, Éderson Garin. **Tendências Constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado – 2003, p. 90.

jogo os direitos fundamentais inerentes ao homem, não podendo o Estado criar óbice à efetivação desses direitos, pelo contrário, cabe a ele garanti-los, sob pena de gerar insegurança jurídica a todos os litigantes dessas demandas.

1.2. O Estado de Filiação como concretização da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana constitui o mais amplo princípio deferido ao ser humano pelo ordenamento jurídico. Nele estão contidos todos os demais princípios, especialmente, aqueles ligados à existência humana. O princípio do reconhecimento ao estado de filiação se apresenta na ordem jurídica embutido na premissa ética da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um “macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade”.²⁶ Posto isso, verificamos que ela é a base para a interpretação de todos os direitos fundamentais inerentes ao homem.

No que tange ao direito de família é a dignidade que deve prevalecer para que haja à concretização dos direitos filiatórios. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha, em seu livro *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*, ensina que:

“O princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa em primeira e última análise, uma igualdade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família”.²⁷

Foi em razão desse respeito à autonomia dos sujeitos e a sua liberdade que o cenário jurídico do direito filiatório se modificou, passando a contemplar o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo,

²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.94.

²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.100.

imprescritível e indisponível. Mas nem sempre foi assim, ou seja, antes da inserção constitucional do preceito de dignidade no nosso ordenamento jurídico, os filhos havidos fora do matrimônio não podiam ser reconhecidos por seus pais.²⁸

O estado de filiação é conceituado pela maior parte da doutrina como a relação de parentesco consanguíneo de primeiro grau e em linha reta, que une uma pessoa, os filhos, àquelas que a reproduziram, os pais. Destarte, podemos concluir que a filiação é o laço biológico existente que tem por objetivo estabelecer a união entre pais e filhos.²⁹

Dessa relação de parentesco filiatório surgem importantes direitos, tais como: o direito de serem denominados como filhos; o direito ao uso do nome dos pais; o direito de receber alimentos, de ser criado, educado e; a transmissão dos direitos sucessórios, como o direito a herança e o direito de continuar em uma determinada ação que o pai era parte.³⁰

Ocorre que o Código Civil de 1916 proibia que os filhos havidos fora do casamento fossem reconhecidos por seus pais, mesmo que o pai viesse a se separar. Esses filhos eram qualificados como ilegítimos e por conta disso sofriam vários constrangimentos na vida social, e, inclusive, na vida profissional, por exemplo, não podiam exercer cargo de juiz ou de diplomata.³¹

Muitos avanços ocorreram para que fosse conquistado o direito de não haver mais essa discriminação. Esse avanço se iniciou em 1941, por meio do Decreto-Lei nº 3.200, onde passou a ser proibida qualquer qualificação discriminatória dos filhos nas certidões de nascimento, exceto quando havia requerimento do interessado ou por meio de uma decisão judicial.³²

Em 1942, o Decreto nº 4.737, passou a oportunizar que o filho tido fora do matrimônio, pudesse ser reconhecido voluntariamente ou por meio de ação de

²⁸ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127.

²⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

³¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

³² WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa julgada na investigação de paternidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 36.

investigação de paternidade, desde que houvesse a dissolução da sociedade conjugal.³³

A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, que revogou o Decreto 4.737/42, apesar de oportunizar o reconhecimento da paternidade aos filhos ilegítimos, ainda os discriminava, pois havia previsão de que o filho ilegítimo só podia receber metade da herança que o filho legítimo ou legitimado tinha direito³⁴.

Posteriormente, a Lei nº 6.515/77 contribuiu para o reconhecimento dos filhos ao acrescentar o parágrafo único ao artigo 1º da Lei 883/1949, passando a possibilitar que, mesmo durante o casamento, qualquer um dos cônjuges pudesse reconhecer o seu filho havido fora do matrimônio, por meio do testamento cerrado.³⁵ A Lei 6.515/77 determinou, ainda, que “qualquer que fosse a natureza da filiação, o direito a herança seria reconhecido em igualdade de condições”.³⁶

A Lei nº 7.250/84 acrescentou o parágrafo 2º ao art. 1º da Lei nº 883, passando a permitir que após sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio pudesse ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos.³⁷

Mas o ponto fulcral para que não houvesse mais qualquer discriminação entre os filhos, permitindo que fossem reconhecidos por seus pais, se deu com “a chegada dos princípios constitucionais igualitários esculpidos na Carta Magna de 1988 que trouxe como consequência a revogação do art. 358 do Código Civil”³⁸ de 1916, passando a permitir o reconhecimento dos filhos adulterinos ou incestuosos.

A dignidade da pessoa humana, garantida como princípio pela Constituição Federal de 1988 contribuiu intimamente para que não houvesse a discriminação entre filhos de qualquer natureza. Assim, a Carta Magna buscando

³³ CRUZ, José Aparecido. **Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro: teoria, legislação jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

³⁴ CRUZ, José Aparecido. **Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro: teoria, legislação jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

³⁷ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.39.

³⁸ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.41.

proteger e garantir o direito ao estado de filiação insculpiu em seu artigo 227 a proteção ao melhor interesse da criança, bem como em seu § 6º a impossibilidade de discriminação dos filhos tidos ou não da relação matrimonial.

Outrossim, “o Estatuto da Criança e do Adolescente surge, em 1990, em decorrência dos postulados constitucionais inerentes ao novo estado de filiação”,³⁹ confirmou a proibição de qualquer discriminação e estabeleceu, ainda, a igualdade de direitos entre os filhos. Essa proteção se encontra explícita no artigo 26 do Estatuto, onde garantiu a proteção dos filhos havidos fora do casamento, permitindo que esse reconhecimento seja feito na própria certidão de nascimento ou por testamento, mediante escritura ou outro documento público.

O Estatuto da Criança e do adolescente ainda prevê em seu artigo 27 a garantia do reconhecimento do estado de filiação como um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado inclusive contra os herdeiros. Nota-se que o Estatuto garantiu que a ação de reconhecimento de filiação fosse imprescritível, ou seja, permite que seja demandada a qualquer tempo.

Foi criada, ainda, a Lei nº 8.560, do ano de 1992, com o objetivo de regular a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Essa lei determina que no registro de nascimento não pode haver qualquer qualificação da natureza filiatória, bem como a menção do lugar do cartório do casamento dos pais e o estado civil deles⁴⁰.

Não obstante, o artigo 1.596 do Código Civil de 2002, explicita a proibição de qualquer designação que distinga os tipos de filiação. Atualmente, a própria investigação de paternidade é possível dentro do casamento, podendo inclusive ser feita antes do nascimento do filho. Com esse excesso de regulação podemos depreender a importância que o legislador atribuiu ao direito ao estado de filiação.

Arnaldo Rizzardo sobre o estado de filiação e a desigualdade dos filhos ilegítimos leciona que:

³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha et al. **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.421.

⁴⁰ CRUZ, José Aparecido. **Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro**: teoria, legislação jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

“Os direitos decorrem do simples fato da filiação, e não da circunstância de se nascer em determinado momento, antes ou depois da união matrimonial, ou paralelamente a esta, mas em união com pessoa estranha. A distinção outrora existente não mais perdura, uma vez que a constituição veda qualquer designação que leve à desigualdade. Todo filho é simplesmente filho, seja qual for a natureza do relacionamento de seus pais”.⁴¹

Por todo o contexto histórico narrado, observa-se que a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito social, moral e jurídico, contribuiu intimamente para que a discriminação entre os filhos fosse banida do ordenamento jurídico brasileiro, garantindo que os filhos havidos ou não no casamento, assim como os adotados, possam ter os mesmos direitos.

Diante dessa possibilidade de não haver mais a discriminação entre os filhos havidos fora do casamento, a lei passou a possibilitar que os filhos não reconhecidos voluntariamente pelo pai pudessem propor a ação de investigação de paternidade, a ser ajuizada pelo filho cujo registro não contenha a filiação paterna.⁴²

O conhecimento de sua verdadeira origem biológica é fundamental para a compreensão da sua personalidade, e por conseguinte, a efetivação da sua dignidade. Destarte, nas ações de investigação de paternidade, deve-se permitir o “desvelar do *fantasma* da origem a permitir a identificação do genitor”.⁴³

Nesse mesmo sentido é o entendimento perfilhado por Maria Christina de Almeida. Confira-se:

“Esse chamamento pela origem revela o desdobramento crucial do direito à identidade pessoal: (i) surgimento do direito fundamental à verdade histórica, que envolve o direito de cada pessoa de conhecer a forma como foi gerado e (ii) o direito de conhecer a identidade dos seus progenitores, podendo-se falar na existência de um direito à biparentalidade biológica, ou no direito à filiação integral (o direito a um pai e uma mãe)”.⁴⁴

⁴¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.338.

⁴² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.381.

⁴³ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 126.

⁴⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 190.

Por todo o exposto, podemos concluir que “na ótica jurídica, o século XX direcionou a atenção do Direito para uma proteção cada vez mais efetiva e holística aos filhos que buscavam conhecer suas origens biológicas”⁴⁵, isso se deve ao fato de que a filiação passou a ser visto como um direito personalíssimo, imprescritível e inalienável.

A ascensão da dignidade no nosso sistema jurídico contribuiu para garantir aos filhos tidos como ilegítimos um tratamento honrado e igualitário. Assim, podemos concluir que “o reconhecimento da filiação deve ser um elemento de garantia da dignidade do homem”⁴⁶.

1.3. A coisa julgada como efetivação do princípio da segurança jurídica e a possibilidade de sua relativização

O ordenamento jurídico brasileiro sustenta-se na segurança das relações jurídicas,⁴⁷ em razão disso o legislador tratou por dar proteção ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, ambos previstos no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Além da previsão constitucional, a coisa julgada encontra previsão no artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, bem como no artigo 467 do Código de Processo Civil.

A coisa julgada está intimamente ligada ao princípio da segurança jurídica, pois é com fundamento neste princípio que a sentença transitada em julgado se torna definitiva e indiscutível no âmbito judicial, com o fim de se efetivar a paz social e por fim as demandas judiciais.

Posto isso, verifica-se que o instituto da coisa julgada é o meio processual que tem por finalidade garantir e efetivar o princípio da segurança jurídica. Assim, na hipótese do presente estudo faz-se necessário analisar a coisa julgada como sendo espécie do princípio segurança jurídica.

⁴⁵ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 29.

⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 176.

⁴⁷ CHAVES, Adalgisa Wiedemann. et al. **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 11.

Outrossim, insta definir a coisa julgada, sendo esta uma qualidade que se agrega aos efeitos da sentença.⁴⁸ Deste modo, são os efeitos dessas sentenças que se tornam imutáveis, não havendo possibilidade de reanálise, exceto quando for cabível o ajuizamento da ação rescisória.

A coisa julgada pode ser de dois tipos: coisa julgada formal e coisa julgada material. Sobre a ótica da coisa julgada formal, Humberto Theodoro Júnior ensina que:

“A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer por que a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição”.⁴⁹

Portanto, a coisa julgada formal ocorre quando não é possível que se altere a sentença dentro daquele mesmo processo, o que não impede que o litígio volte a ser rediscutido em novo processo, com as mesmas partes e causa de pedir.

Há coisa julgada formal nos casos dispostos no artigo 267 do Código de Processo Civil, em razão de haver a extinção do processo, mas sem a resolução do mérito, permitindo, ainda, que a demanda possa voltar ao judiciário para nova análise, pois não houve análise do mérito propriamente dito.⁵⁰

A coisa julgada material gera a impossibilidade de se rediscutir a sentença dentro daquele mesmo processo ou em qualquer outro, ou seja, a sentença passa a ser indiscutível e definitiva no âmbito judicial. Deste modo, “não poderão reagir nem os tribunais, proibidos que estarão de decidir novamente a

⁴⁸ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipótese de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 558.

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

mesma lide, nem os legisladores, impedidos que estão de legislar, retroativamente, em prejuízo da *res iudicata*.”⁵¹

Humberto Theodoro Júnior busca diferenciar a coisa julgada material da coisa julgada formal da seguinte forma:

“A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material, revelando a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada”.⁵²

Entretanto, apesar das sentenças transitadas em julgado serem consideradas definitivas, há possibilidade de que estas sejam revistas por meio da ação rescisória, como ocorre nas hipóteses elencadas no art. 485 do Código de Processo Civil. É a chamada relativização da coisa julgada típica, ou seja, prevista na legislação.

A possibilidade de revisão das sentenças definitivas tem origem no Direito Canônico onde as sentenças sobre o estado das pessoas e as que versavam sobre direitos matrimoniais não transitavam em julgado, possibilitando, assim, que fosse ajuizado uma nova ação com o mesmo pedido, desde que houvesse novas provas.⁵³

No Brasil, apesar de se proteger a coisa julgada, em casos excepcionais, faz-se necessário à mitigação deste instituto. É o que deve ocorrer nas sentenças investigatórias de paternidades que fizeram coisa julgada material antes do advento do exame de DNA e foram julgadas improcedentes por falta ou insuficiência de provas.

⁵¹ NASCIMENTO, Carlos Valverde do; THEODORO, Humberto Theodoro; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa julgada inconstitucional**: a questão da segurança jurídica. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 161.

⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 558.

⁵³ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipótese de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O DNA foi usado no Brasil pela primeira vez na década de 80 e em razão disso só passou a beneficiar os processos investigatórios a partir desta data. Logo, as ações decididas antes desse período ficaram atrasadas perante a nova possibilidade probatória. Por conta disso, os litigantes dessas demandas investigatórias passaram a ter a necessidade de reexaminar essas sentenças, para encontrar a verdadeira paternidade.⁵⁴

Mas com essa necessidade surgiram casos de impossibilidade de rever as sentenças que foram transitadas em julgado e fizeram coisa julgada material. Nesse passo, em meio a este empecilho a doutrina se manifestou por meio de duas correntes.

A corrente minoritária defendida por Luiz Guilherme Marinoni, Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, não admitem a relativização da coisa julgada por entender que após a decisão judicial estar selada pelo manto constitucional da coisa julgada não se pode modificar ou rever tal decisão. Entendem que ao se admitir a relativização os litígios acabariam por não ter fim, gerando assim total insegurança jurídica⁵⁵.

Essa corrente ao supervalorizar a coisa julgada o faz com base na busca pela segurança jurídica. Sustentam que quando se possibilita a relativização os litígios passam a se eternizar, já que não conhecemos e não podemos mensurar os limites dos avanços científicos, podendo sempre surgir uma nova prova científica.

Consideram também que por não haver um controle dos laboratórios não se pode garantir a eficácia e a veracidade do exame, assim não se pode caracterizar o exame de DNA como única prova que resguarda a verdade real da paternidade.⁵⁶

Os autores dessa corrente encontram “o fundamento da coisa julgada com argumento na tese de que a sentença encerra uma presunção de verdade ou

⁵⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

de justiça em torno da solução dada ao litígio”.⁵⁷ Sendo assim, não podem ser modificadas, sob pena de gerar insegurança jurídica.

Os autores da corrente majoritária, defendida por Roberto de Almeida Borges Gomes, Arnaldo Rizzardo, Maria Berenice Dias, Éderson Garin Porto, Rolf Madaleno, acreditam que a inalterabilidade da sentença não é solução para a controvérsia de investigação de paternidade, mas sim uma imposição de uma solução inexistente, já que o fim, que era a descoberta da verdadeira paternidade, não fora alcançado pelos litigantes.⁵⁸

Entendem que “pensar que a decisão jurisdicional, coberta pelo manto da irreversibilidade, faz-se ato jurisdicional intocável é relegar a regra geral, segundo a qual todos os atos estatais são passíveis de desconstituição”.⁵⁹ Deste modo, entendem que há possibilidade de desconstituição da coisa julgada.

Alguns doutrinadores ao entenderem que o instituto da coisa julgada não é absoluto, permitem que a ação investigatória seja feita novamente por meio da ação rescisória, que é meio de relativização típica da coisa julgada. Mas a doutrina atual e dominante passou a entender que se pode relativizar as decisões proferidas em qualquer grau de jurisdição utilizando-se apenas da ação ordinária, ou seja, seria possível a propositura de uma nova ação de investigação de paternidade.

Deste modo, as ações investigatórias de paternidade antes do advento do exame de DNA e após o seu trânsito em julgado faziam coisa julgada material, ou seja, a sentença judicial se tornava imutável, indiscutível e definitiva, mesmo quando haviam sido julgadas improcedentes por falta de provas.

O presente trabalho enfrentará a questão corroborando com o entendimento da corrente majoritária, isto é, para que nas ações investigatórias de paternidade haja possibilidade da relativização do instituto da coisa julgada.

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 558.

⁵⁸ NASCIMENTO, Carlos Valverde do; THEODORO, Humberto Theodoro; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa julgada inconstitucional**: a questão da segurança jurídica. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 112.

⁵⁹ NASCIMENTO, Carlos Valverde do; THEODORO, Humberto Theodoro; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa julgada inconstitucional**: a questão da segurança jurídica. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 119.

2. O ADVENTO DO EXAME DE DNA E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Este capítulo tratará das provas usadas nas ações investigatórias e a importância do exame de DNA nessas ações. Após essa análise, busca-se demonstrar a fragilidade das provas apresentadas, e, por conseguinte, a força probatória do exame de DNA. Ao final, após verificar a importância do DNA nessas ações, será analisado qual o princípio constitucional deve prevalecer no caso concreto, a segurança jurídica ou a dignidade da pessoa humana, para que seja possível a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.

2.1. A prova na Ação de Investigação de Paternidade

A palavra prova “provém do latim *probatio*, que significa, prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação”.⁶⁰ A prova foi recepcionada pelas ordenações Filipinas, onde eram vistas como o farol que deveria guiar os magistrados em suas decisões.⁶¹

A prova pode ser conceituada como a “demonstração da verdade dos fatos relevantes, pertinentes e controvertidos, em que se fundamenta a ação ou a resposta. Prova não é meio; é resultado”.⁶² A principal finalidade da prova é de buscar formar a convicção do juiz.

Nas ações investigatórias de paternidade deve-se oportunizar a realização de todos os meios de provas legais ou moralmente legítimos, uma vez que o fato a ser provado implicará no reconhecimento do filho que é direito fundamental garantido constitucionalmente⁶³.

Nessas ações, além de ser necessário o esgotamento de todos os meios probatórios, a prova deve ser segura, irrefutável e inconteste, pois “se é

⁶⁰ SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. Curitiba: Jurúá, 2001, 7 ed, p. 85.

⁶¹ SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. Curitiba: Jurúá, 2001, 7 ed.

⁶² SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. Curitiba: Jurúá, 2001, 7 ed.

⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

desumano não ter o filho, direito à paternidade, injusto também é a declaração de uma filiação inexistente.”⁶⁴

O ordenamento jurídico brasileiro prevê um conjunto de provas normativas que tem como objetivo solucionar a dúvida quanto à paternidade. Entre esses meios de prova destaca-se a prova documental, testemunhal, o depoimento pessoal, a confissão, as presunções e os indícios. Logo, insta destacar cada uma delas.

Nas ações investigatórias de paternidade é comum o uso do depoimento pessoal das partes. “Esse meio de prova objetiva buscar a versão de cada parte dos fatos ocorridos no processo, mas sua principal finalidade é de provocar uma confissão”⁶⁵, ou seja, fazer com que a parte, normalmente o pai, admita a paternidade.

Nessas ações, a confissão do suposto pai caracteriza o reconhecimento voluntário da paternidade. Assim, “quando há a confissão a ação não precisa mais de prosseguir, bastando apenas que o reconhecimento da paternidade seja averbado no Registro Civil”.⁶⁶ Ocorre que, na maioria dos casos, a confissão do suposto pai é muito difícil de ser obtido, o que dificulta ainda mais a resolução dessas ações.

Ainda, sobre a confissão é importante esclarecer que nas ações de investigação de paternidade não se pode aplicar a confissão ficta, que é “quando uma das partes não contesta as afirmações da outra”⁶⁷, tendo em vista que trata-se de ações que versam sobre direitos personalíssimos e indisponíveis, não podendo ser aplicado os efeitos da revelia, conforme o disposto no artigo 320, inciso II, do Código de Processo Civil.⁶⁸

Importa destacar, ainda, que antes do advento da Lei nº 12.004/09, que alterou a Lei nº 8.560/92, a recusa do investigando em realizar o exame de DNA

⁶⁴ SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. Curitiba: Jurua, 2001, 7 ed, p. 89.

⁶⁵ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002.

⁶⁶ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002.

⁶⁷ SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. Curitiba: Jurua, 2001, 7 ed.

⁶⁸ Art. 320 - A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

acabava lhe gerando um benefício, pois a sua resistência em realizar o referido teste levava a improcedência da ação por insuficiência de provas⁶⁹.

Por conseguinte, a prova documental pode ser usada para comprovar a paternidade das mais diversas formas, a título de exemplo destaca-se o uso de comprovante de pagamento que comprovam as despesas com o parto, compras de roupas infantis ou gasto com fraudas, pagamento de mensalidade escolar e os demais gastos comuns às crianças.⁷⁰

Entre as provas documentais ora destacadas, ressalta-se, ainda, o uso da prova fotográfica, devendo esta estar sempre acompanhada dos negativos, conforme o disposto no artigo 385, §1º, do Código de Processo Civil⁷¹.

Vale ponderar que a prova documental não é suficiente para a constatação completa da paternidade do investigado. Assim, a prova documental deve estar sempre acompanhada com outras provas, para que seja possível a formação de um juízo de certeza acerca da paternidade⁷², o que torna ainda mais difícil a comprovação da paternidade.

Quanto à prova testemunhal, que busca comprovar a existência do vínculo amoroso existente entre o casal, Maria Berenice Dias explica que:

“A prova testemunhal sempre foi usada para apontar ocasiões e identificar situações em que o par foi visto em atitudes que insinuassem a existência de um vínculo afetivo, para concluir-se sob a possibilidade de ocorrência de um contato sexual”.⁷³

Assim, por meio da prova testemunhal busca-se comprovar a existência de relação sexual entre o suposto pai e a mãe. Ocorre que essa prova era facilmente refutada pelo réu pela arguição da *exceptio plurium concubentiu*, pelo qual o réu, apesar de reconhecer ter mantido um relacionamento com a mãe do

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 4 ed.

⁷⁰ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002.

⁷¹ Art. 385 - A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original. § 1º - Quando se tratar de fotografia, esta terá de ser acompanhada do respectivo negativo.

⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.176.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado LTDA – 2004, p.112.

investigante, buscava comprovar que a mãe também tinha relacionamento sexual com outros parceiros. Assim, diante da incerteza de quem poderia ser o pai, o filho crescia longe da figura paterna.⁷⁴

Sobre a prova testemunhal importa destacar, ainda, que nessas ações os testemunhos são sempre divergentes, já que as testemunhas do suposto pai buscam comprovar a inexistência do relacionamento amoroso entre o casal, enquanto as testemunhas do investigante busca provar o contrário, o que acaba por provocar a improcedência da ação por insuficiência de provas.

Outro meio de prova usado é a prova indiciária. Os indícios “constituem sinais, vestígios, rastros, pistas, circunstâncias em geral, conhecidas e provas, que guardam relação com o fato que se pretende provar”.⁷⁵ Assim, os indícios por si só não são capazes de comprovar os fatos, mas sim formar um juízo de probabilidade. Ocorre que essa probabilidade não é suficiente para resolver as ações de investigação de paternidade, onde se faz necessário um juízo de certeza.

Há, ainda, as presunções que são “raciocínios, interferências, deduções, operações mentais utilizadas para se extrair de um fato certo a cognição de um fato incerto”.⁷⁶ Há duas modalidades de presunções: a simples, que resulta no raciocínio comum do homem, e a legal, prevista na lei.⁷⁷

Na presente hipótese, insta destacar as presunções previstas na lei que decorrem do intuito do legislador de proteger a família, em razão disso “independente da verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre certa, e o marido da mãe é o pai de seus filhos”⁷⁸.

As presunções decorrentes do casamento aplicam-se as uniões estáveis, vez que a convivência entre o suposto pai e a mãe “trata-se de uma situação bastante evidenciadora da paternidade, posto que, convivendo a mulher e o

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado LTDA, 2004.

⁷⁵ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 62.

⁷⁶ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 61.

⁷⁷ SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. Curitiba: Juruá, 2001, 7 ed.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 4 ed.

homem, e durante este lapso vindo ela a conceber, é natural a presunção atribuir-se a paternidade ao companheiro”.⁷⁹

O Código Civil de 1916 previa a chamada filiação biológica presumida, onde a presunção da paternidade decorria do enlace matrimonial, sendo elas:

“Art. 338: Presumem-se concebidos na constância do casamento:
I - os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339);
II - os nascidos dentro dos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação”⁸⁰.

Apesar de se apresentarem frágeis diante da possibilidade de execução do exame de DNA, ainda são vigentes no nosso Código Civil Brasileiro, no artigo 1597. O Código Civil de 2002 manteve o inciso I e II do artigo 338 do Código Civil de 1916 e acrescentou, ainda, mais três causas onde pode haver a presunção de paternidade. Observa-se:

Art. 1597 – Presumem-se concebidos na constância do casamento:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Ocorre que essas presunções em nada colaboram para a ação de investigação de paternidade, uma vez que na maioria dos casos a ação é proposta para o reconhecimento da paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

As provas periciais são usadas quando for necessária a comprovação de fatos que necessitam de conhecimento especial, como o conhecimento científico

⁷⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.398.

⁸⁰ BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 1916**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

e técnico. “A prova pericial, que, em um primeiro momento identificava exclusivamente os grupos sanguíneos, era de pouca valia para o reconhecimento da filiação”⁸¹, pois não eram provas seguras, ou seja, incapazes de estabelecer a verdadeira origem biológica.

Todavia, “a evolução científica veio a revolucionar a investigação dos vínculos parentais, por meio de métodos cada vez mais seguros de identificação dos indicadores genéticos”⁸². Dentre as provas periciais a jurisprudência e a doutrina “elegeu o exame de DNA como principal meio de prova, reconhecendo-lhe segurança e confiabilidade inquestionáveis na averiguação biológica da paternidade”⁸³.

2.2. O DNA como prova absoluta na ação de investigação de paternidade

Para concretizar o direito ao estado de filiação aos filhos de pais desconhecidos passou-se a ter a necessidade de investigar a paternidade. Na ausência do exame de DNA, a paternidade era caracterizada por meio das provas apresentadas no item anterior. Ocorre que essas provas muitas vezes eram incapazes de estabelecer o vínculo paterno e, em razão disso, as sentenças eram julgadas improcedentes por falta ou insuficiência de provas.

Com o advento do exame de DNA os filhos que não tiveram a paternidade reconhecida em razão da insuficiência de provas, passaram a ter a necessidade de retornar ao judiciário para a realização do exame de DNA e sanar a dúvida quanto à verdadeira paternidade.

O DNA, também chamado cientificamente como ácido desoxirribonucléico⁸⁴, é um dos meios de prova científica mais seguro, tendo em vista que a probabilidade de certeza é de 99,999%. “O DNA situa-se no núcleo de todas as células do corpo humano, apresentando semelhanças típicas entre

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado LTDA, 2004, p.112.

⁸² DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado LTDA, 2004, p.112.

⁸³ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de Paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002. P. 87.

⁸⁴ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de Paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002.

peessoas biologicamente relacionadas”⁸⁵. Assim, parte do DNA do filho é herdada do seu pai e a outra parte é herdada de sua mãe.⁸⁶

O DNA é tido pela maior parte da jurisprudência e pela doutrina como o único meio de prova capaz de constatar a verdadeira paternidade. Sobre o exame de DNA, Maria Christina de Almeida aduz que:

“O DNA foi interpretado como um fim de um enigma. O que antes era deduzido por força de lei (paternidade oriunda do casamento), ou por declaração judicial baseada em provas indiciárias (paternidade declarada pelo juiz, fruto de seu estado subjetivo de convicção, uma certeza moral e relativa), passou a ser baseado em um dado objetivo, inspirado na força da perícia genética”⁸⁷.

Nesse sentido, “os avanços científicos em torno da prova da paternidade causaram verdadeira revolução no estabelecimento do vínculo paterno-filial”⁸⁸, vez que as provas científicas são capazes de declarar a existência ou não da origem biológica. Através do exame de DNA é possível a constatação da verdade real da paternidade, enquanto as outras provas usadas para atestar a paternidade, como os indícios e as presunções, só podem estabelecer a chamada verdade ficta ou jurídica.

Nessas ações deve-se primar pelas provas periciais, vez que a perícia sempre deve ser usada “para a apuração de fatos que envolvam matéria técnica ou científica, cujo conhecimento não está ao alcance de qualquer um, vindo a exigir um auxílio de profissionais especializados, os peritos”.⁸⁹

Acredita-se que “sem a realização da perícia careceria o julgador de um elemento de convicção indispensável para a prolação da decisão final”.⁹⁰ Isso se

⁸⁵ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 89.

⁸⁶ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 89.

⁸⁷ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P. 143.

⁸⁸ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 77.

⁸⁹ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de Paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002. P. 51.

⁹⁰ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de Paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002. P. 88.

deve ao fato da importância da verdade real para a comprovação da paternidade, já que as provas científicas têm baixo índice de falibilidade.

Em decorrência dessa significativa importância atribuída ao exame de DNA, a Lei 10.317/01 alterou a Lei 1.060/50, que estabelece os benefícios da justiça gratuita aos necessitados, concedendo a gratuidade do exame de DNA quando requisitado pelo juiz nas ações investigatórias de paternidade.⁹¹

Igualmente, a Lei nº 12.004, de 29 de julho de 2009, que alterou a Lei nº 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, estabeleceu a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA.

Em razão de sua importância para declarar a verdadeira paternidade, Cristiano Chaves de Faria defende que o exame de DNA deve ser realizado independente de pedido das partes, mesmo quando o processo já se encontre na fase de sentença ou em grau de recurso.⁹²

Ainda na busca pela relativização é importante analisarmos a importância da prova para o convencimento do juiz, pois o Código de Processo Civil, em seu artigo 131, preconiza o princípio do livre convencimento do juiz, não havendo assim valoração ou tarifação de provas.⁹³

Apesar do livre convencimento do juiz, para que os processos sejam solucionados com a maior segurança jurídica possível o juiz deve se ater ao critério da vinculação a prova dos autos, devendo o magistrado se guiar pelas provas presentes nos autos e julgar em conformidade com as informações presentes nessas provas.⁹⁴

Segundo esse critério, quando o juiz está diante de uma prova técnica ele deve decidir em acordo com o conteúdo dessa prova, ou seja, se o exame de DNA determinar a paternidade, o magistrado não poderá julgar de forma diversa, uma vez que só pode indeferir-las quando a prova do fato não depender do conhecimento técnico, o que não é o caso. Destarte, nas ações investigatórias é

⁹¹ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de Paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002.

⁹² FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: 2007.

⁹³ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de Paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002.

⁹⁴ BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Teoria geral da prova**. São Paulo: Edicamp, 2001.

necessário o conhecimento técnico, ou seja, indispensável nessas demandas à execução do exame de DNA.

Portanto, nas ações que tratem de investigação de paternidade, a prova pericial torna-se elemento essencial para a aplicabilidade da justiça ao caso concreto, pois o magistrado ao julgar uma ação deve aplicar a lei ao caso concreto, para que de fato haja justiça.

Impossibilitar que os investigadores descubram suas origens e a sua história apenas pelo fato de haver uma mera formalidade acabaria por gerar insegurança a todos, o que não é a finalidade da justiça. Não se deve primar apenas pelas formalidades, mas sim dar aplicabilidade e efetividade a justiça.

A falibilidade das decisões traz consequências imensuráveis não só ao emocional das partes, mas também aos direitos decorrentes dessa decisão, pois acaba-se por deixar de atribuir direitos a quem é de fato titular dele. Nas ações investigatórias, onde esta em jogo, por exemplo, direitos sucessórios, um filho pode deixar de receber uma herança que lhe era de direito, ou deixar de receber os alimentos necessários para sua subsistência.

Deste modo, não resta qualquer dúvida da importância do exame de DNA e da possibilidade de se relativizar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, pois nessas demandas não se busca apenas a solução ficta do litígio, mas sim sanar uma dúvida emocional, de cunho afetivo, alcançando a paz interna dos litigantes dessas demandas.

2.3. A solução para o conflito entre as normas constitucionais atinentes a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade

O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema complexo e uno. No que tange ao primeiro justifica-se, pois suas regras não originam de uma única fonte. Essa complexidade “deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta

numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho”.⁹⁵

Nada obstante a sua complexidade, o ordenamento jurídico brasileiro também é uno. Para entendermos esse caráter unitário faz-se necessário a menção da Teoria do Escalonamento de Hans Kelsen explica como um ordenamento jurídico pode ser ao mesmo tempo complexo e unitário.⁹⁶

Segundo essa Teoria, “as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores”⁹⁷. Além dessas normas inferiores e superiores temos as normas supremas que são as normas fundamentais daquele ordenamento. “É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de ordenamento”.⁹⁸

Na estrutura escalonada de Hans Kelsen a Constituição é a norma suprema do ordenamento. Deste modo, todas as normas fundamentais ali contidas serão consideradas como superiores, portanto, essas normas se encontram no escalão mais alto do ordenamento, servindo como norte para o legislador na criação de normas inferiores.

Assim, podemos depreender que a norma fundamental é o “termo unificador das normas que compõe o ordenamento jurídico”.⁹⁹ Dado o seu caráter supremo e a sua importância normativa, elas não podem ser invalidadas.

⁹⁵ BOBBIO, Noberto; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos, rev. Téc. Cláudio De Cicco. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 6ed, 1995, p. 38.

⁹⁶ BOBBIO, Noberto; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos, rev. Téc. Cláudio De Cicco. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 6ed, 1995.

⁹⁷ BOBBIO, Noberto; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos, rev. Téc. Cláudio De Cicco. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 6ed, 1995, p. 49.

⁹⁸ BOBBIO, Noberto; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos, rev. Téc. Cláudio De Cicco. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 6ed, 199, p. 49.

⁹⁹ BOBBIO, Noberto; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos, rev. Téc. Cláudio De Cicco. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 6ed, 1995, p. 49.

Quando duas normas colidem, uma delas terá que ceder para que a outra prevaleça, mas isso não quer dizer que a norma cedente deixou de ser válida ou que foi posto uma cláusula de exceção.¹⁰⁰ Há que se destacar, ainda, que o conflito de normas só pode existir entre normas do mesmo escalão, já que a norma de escalão inferior tem fundamento na norma de escalão superior.

Na busca pela relativização da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade encontramos o conflito entre duas normas constitucionais de mesmo escalão. O princípio da dignidade da pessoa humana assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, e o princípio da segurança jurídica disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição, que tem por objetivo a busca pela solução definitiva dos litígios.

A dúvida que se coloca é de como resolver esse conflito. Para isso, deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade que consiste num método destinado a solucionar o conflito entre duas normas de mesmo valor hierárquico, como no presente caso.

A proporcionalidade não busca invalidar uma norma fundamental em detrimento da outra, mas sim que as “normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidade diferentes”.¹⁰¹

Deste modo, havendo conflito entre normas supremas, ou seja, normas de mesmo escalão são necessários que o aplicador da lei faça uma ponderação para analisar qual das normas fundamentais, naquele caso concreto, tem maior peso. Sendo esta a que deve ser aplicada ao caso concreto.

O princípio da proporcionalidade que busca a análise do caso concreto, devendo o aplicador verificar as vantagens e as desvantagens entre aplicar aquela

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2ed, 2012, p. 93.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto et al. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed, Rio de Janeiro: Renovar, 200, p.57.

ou a outra norma.¹⁰² A proporcionalidade será usada sempre que “houver uma medida concreta destinada a uma finalidade”.¹⁰³

Deste modo, deve ser levado em consideração o meio que se utilizará para atingir aquela finalidade. “Assim, há violação ao princípio da proporcionalidade sempre que os meios destinados a realizar um fim não são apropriados ou, ainda, quando entre os meios e os fins há uma clarividente desproporção”.¹⁰⁴

O meio adotado para alcançar um determinado fim deve restringir a menor quantidade de direitos possíveis. Assim, analisando a hipótese levantada, deve-se restringir o princípio da segurança jurídica, por ser o meio que restringe o menor número de direitos.

O princípio da proporcionalidade é invocado pela doutrina para relativizar a coisa julgada. Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Maria Berenice Dias, que dispõe: “entre a segurança social que a coisa julgada empresta e ao direito fundamental à identidade do indivíduo, é imperativo invocar o princípio da proporcionalidade e avaliar o que dispõe de mais valia”¹⁰⁵.

Portanto é possível que se relativize a coisa julgada para que se alcance a verdade real e não apenas ficta, que busca apenas solucionar e afastar os litigantes do âmbito judicial. Humberto Theodoro Júnior ao criticar a coisa julgada, leciona que:

“Na realidade, porém, ao instituir a coisa julgada, o legislador não tem nenhuma preocupação de valorar a sentença diante dos fatos (verdade) ou dos direitos (justiça). Impele-o tão somente uma exigência de ordem prática, quase banal, mas imperiosa, de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário. Apenas a preocupação de segurança nas relações jurídicas e de paz na convivência social é que explicam a res iudicata”.¹⁰⁶

¹⁰² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 3ed, 2004.

¹⁰³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 3ed, 200, p. 113.

¹⁰⁴ PORTO, Éderson Garin. **Tendências Constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado – 2003, p. 97.

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado LTDA – 2004. P. 115.

¹⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 561.

Assim, nas sentenças investigatórias de paternidade julgadas improcedentes por falta ou insuficiência de provas, mesmo que transitadas em julgado, devem ser relativizadas em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, posto que a possibilidade de se relativizar a coisa julgada para a execução desse exame se mostra mais proporcional.

Rejeitar o estado de filiação, e por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana, se mostra desarrazoado, pois ao supervalorizar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade não estaremos buscando a verdadeira solução para os litígios investigatórios, mas apenas uma solução ficta que apenas beneficiará as estatísticas de demandas judiciais, mas persistindo um conflito entre as partes no mundo concreto.

O nosso ordenamento ao considerar as normas fundamentais como supremas não o faz em vão, mas sim com o objetivo de que o estado garanta esses direitos. Assim, “não se pode supervalorizar as regras formais, criando obstáculos intransponíveis para atingir a justiça, meta programática da Constituição Federal, insculpida no preâmbulo da Carta Magna”.¹⁰⁷

Deste modo, podemos concluir que aplicar a coisa julgada sob o fundamento de que o seu objetivo é gerar segurança jurídica não é proporcional, tendo em vista que não há nada mais injusto que um filho não ter sua paternidade reconhecida. Logo, nas ações investigatórias deve prevalecer o direito do filho de conhecer quem é o seu ascendente.

Destarte, fazendo o uso da proporcionalidade, verifica-se que o estado de filiação, por envolver direito personalíssimo, imprescritível, indisponível e inalienável, apresenta-se no caso concreto como de maior peso em relação à coisa julgada.

Apesar de a coisa julgada ter previsão constitucional, deve-se relativizá-la frente à necessidade de proteção à família, ao convívio familiar, ao estado de filiação e ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰⁸. “Não se pode

¹⁰⁷ PORTO, Éderson Garin. **Tendências Constitucionais no Direito de Família**: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado – 2003, p. 96.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado LTDA, 2004.

impedir o livre acesso à justiça para o reconhecimento da filiação, pois se trata de um direito fundamental à identidade”¹⁰⁹.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana deve prevalecer sobre a segurança jurídica, por ser “um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais”.¹¹⁰ Nesse sentido é o entendimento de Maria Berenice dias:

“São situações que como essa que levam a questionar qual o interesse prevalecente. De um lado, há o interesse público na composição dos conflitos, que leva à consagração da coisa julgada. De outro, o direito fundamental à identidade, um dos atributos da personalidade. No conflito entre esses dois princípios, o instituto da coisa julgada não pode se sobrepor ao direito de livre acesso à justiça para o reconhecimento da filiação. Não há infração à coisa julgada e sim adequação a uma nova realidade que, se preexistente, teria determinado na ocasião outra composição da lide”¹¹¹.

Nesse mesmo sentido é o entendimento corroborado por Celso Barberato. Confira-se:

“Dessa maneira, quando restar configurada a colisão entre o direito à segurança jurídica decorrente da coisa julgada e os direitos fundamentais da personalidade e dignidade, devem prevalecer os dois últimos, eis que se a coisa julgada for considerada um direito fundamental absoluto, estar-se-á se destruindo por completo o direito ao respeito e à convivência familiar”.¹¹²

Deste modo, ponderando o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da segurança jurídica, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana deve prevalecer, em razão de ser o princípio que mais garante os direitos inerentes ao homem.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado LTDA, 2004, p. 115.

¹¹⁰ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência** / Rizzato Nunes. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50.

¹¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4 ed., 2007, p. 361.

¹¹² BARBERATO, Celso. **A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade e de maternidade**. Franca: Revista Jurídica da Universidade de Franca, ano 6, n. 11, 2º semestre de 2003, p.27.

3. APLICAÇÃO JUDICIAL DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COM O ADVENTO DO EXAME DE DNA

Neste capítulo serão abordadas as tendências dos Tribunais sobre a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Apresentando tanto a jurisprudência favorável quanto à jurisprudência desfavorável a relativização.

3.1. Jurisprudência favorável à relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade com o advento do exame de DNA

O Superior Tribunal de Justiça registra precedentes do sentido de não ser possível à propositura de uma nova ação de investigação de paternidade quando a primeira ação foi julgada improcedente com base nas provas técnicas existentes na época do ajuizamento da ação.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça tem permitido a repropositura da ação de investigação de paternidade quando o pedido foi julgado improcedente por falta de provas. A título de exemplo, veja-se:¹¹³

RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PEDIDO EM AÇÃO ANTERIOR JULGADO IMPROCEDENTE. FALTA DE PROVAS. SENTENÇA REFORMADA POR MAIORIA. RECONHECIMENTO COISA JULGADA. EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO CABIMENTO. RENOVAÇÃO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. EXAME DE DNA.

1. Não são cabíveis embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, reforma sentença de mérito, reconhecendo a existência de coisa julgada, o que ensejou a extinção do processo sem exame do mérito. Precedentes.

2. Não implica ofensa à coisa julgada material o ajuizamento de nova ação para investigar a paternidade mediante a utilização de exame de DNA, nas hipóteses em que a ação anterior teve o pedido julgado improcedente por falta ou insuficiência de provas, sem que tenha sido excluída a possibilidade de

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1223610/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 07/03/2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=25663415&sReg=201002185607&sData=20130307&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 08 ago. 2013.

existência de vínculo genético. Precedentes deste Tribunal e do STF (RE 363.889/DF).

3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

Trata-se de recurso especial interposto por T. L. S., o investigador, contra acórdão proferido pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que ao reformar a sentença do MM. Juiz *a quo*, considerou que a improcedência do pedido formulado na primeira ação de investigação de paternidade configura coisa julgada material¹¹⁴.

O recorrente sustenta, em síntese, que o acórdão deve ser reformado por encontrar-se em divergência com a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, nas ações de investigação de paternidade em que o pedido anterior tiver sido julgado improcedente por falta ou insuficiência de provas, deve ser afastada a incidência de coisa julgada, privilegiando-se o reconhecimento da filiação, em razão de tratar-se de direito de personalidade fundamentado no princípio da dignidade de pessoa humana.

A Ministra relatora Maria Isabel Galloti conheceu em parte o recurso especial, para dar-lhe provimento apenas para afastar a coisa julgada material, anular o acórdão recorrido e determinar que o Tribunal de origem examine o recurso de apelação interposto pela recorrente, sob o fundamento de que a improcedência do pedido na ação de investigação de paternidade anteriormente ajuizada não decorreu da exclusão da paternidade por prova pericial, mas da insuficiência da prova testemunhal para o reconhecimento ou a exclusão da paternidade.

No presente caso, o pedido deduzido na ação primitiva foi julgado improcedente com base apenas em provas testemunhais e no comportamento da mãe do recorrente, provas que se apresentam frágeis e como vimos anteriormente, de difícil comprovação da existência do vínculo paterno-filial. Do referido voto importa destacar o seguinte trecho:

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1223610/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 07/03/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=25663415&sReg=201002185607&sData=20130307&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 08 ago. 2013.

“Não tenho dúvida alguma, portanto, de que a improcedência do pedido na ação anterior não decorreu da exclusão da paternidade por prova pericial, mas da insuficiência da prova testemunhal para o reconhecimento ou a exclusão da paternidade, sendo certo que, a despeito das divergências quanto à valoração atribuída à conduta da mãe da autora da ação, foi tida por incontroversa a existência de relações sexuais entre ela o suposto pai, motivo pelo qual a paternidade não foi cabalmente descartada naquele feito. Diante disso, na linha da jurisprudência hoje consolidada, não se pode impedir o ajuizamento de nova ação destinada a garantir o direito fundamental da autora de investigar a sua ascendência genética, mediante a utilização do exame de DNA, que fornece elementos de convicção quase absolutos do vínculo de parentesco. No caso em exame, o laudo foi realizado e indicou índice de paternidade de 99,93%”¹¹⁵.

O Ministro Luis Felipe Salomão acompanhou o voto da Relatora no sentido de se possibilitar a relativização da coisa julgada. O Ministro sustenta, ainda, que há dois requisitos objetivos que devem estar presentes para ensejar a relativização da coisa julgada, quais sejam: não ter sido possível a apuração da efetiva existência de vínculo genético a unir as partes e não ter sido realizado o exame de DNA.

Deste modo, a jurisprudência vem entendendo que sempre que as provas produzidas na primeira ação de investigação de paternidade não forem capazes de excluir a paternidade, deve se oportunizar ao investigador a repositura de uma nova ação de investigação de paternidade para a produção do exame de DNA.

Nessas demandas é necessário a busca pela verdadeira origem biológica. Não havendo, assim, mais espaço para a verdade formal criada pela coisa julgada. Nesse sentido é o entendimento de Cristiano Farias. Veja-se:

“Averba-se, desse modo, que o processo civil moderno não mais aceita a verdade formal, que resta superada de modo definitivo – especialmente nas ações que tratam sobre direitos indisponíveis, em face da peculiaridade de sua natureza. É mister a busca da realidade fática, de modo que seja justa a solução do conflito de interesses”.¹¹⁶

¹¹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1223610/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 07/03/2013.

¹¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 211.

Ressalta-se, ainda, que anteriormente a esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça no campo das ações rescisórias, já reconhecia a importância do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade, considerando-o, inclusive, como documento novo.¹¹⁷ Nesse sentido confira-se o seguinte julgado¹¹⁸:

ACÇÃO RESCISÓRIA - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO - POSSIBILIDADE - FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO NESSES CASOS. SOLUÇÃO PRÓ VERDADEIRO "STATUS PATER".

- O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se "documento novo" para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). É que tal exame revela prova já existente, mas desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico.

Nessa demanda em sede de Recurso Especial, apontou-se ofensa ao art. 473 e 485, VII, do Código de Processo Civil, contra a possibilidade de se considerar o exame de DNA como espécie de documento novo.

Por conseguinte, E. F. N. ajuizou ação rescisória contra julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Goiás, para desconstituir procedência de pedido declaratório de paternidade. O acórdão rescindido entendeu que a sentença confirmada pelo juízo *ad quem*, que julgou procedente a ação de investigação de paternidade, merece ser rescindida, quando o DNA comprovar o contrário do disposto na sentença, devendo sempre prevalecer a verdade biológica.

O Ministro relator Humberto Gomes de Barros, votou pelo não conhecimento do recurso por entender o exame de DNA é documento novo, pois é prova pré-existente, mas desconhecida até então. Sustenta que a prova do parentesco já existia no interior da célula, sua obtenção, contudo, é que só se tornou possível quando do advento do exame de DNA.

¹¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 560.

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 300.084/GO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/04/2004, DJ 06/09/2004, p. 161. Disponível em: < http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_300084_GO_28.04.2004.pdf?Signature=57%2FqQ8XI1aJyAKU3xz6uEI9AOM%3D&Expires=1380398160&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf>. Acesso em: 15 ago. 2013.

Portanto, o exame de DNA pode ser considerado como documento novo, conforme possibilidade inserta no artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil, sendo este o atual e justo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, permitindo em razão disso a relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade.

Em relação a matéria apresentada o Supremo Tribunal Federal, possibilitou a flexibilização da coisa julgada quando a ação de investigação de paternidade for julgada improcedente por falta de provas, em decorrência da não realização do exame de DNA. Veja o seguinte Recurso Extraordinário¹¹⁹:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.

1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.

2. **Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.**

3. **Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.**

4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 363889, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 28 de jun. de 2013.

reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e por Diego Goiá Schamltz contra acórdão proferido pela Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que acolheu a preliminar de coisa julgada.

O referido recurso extraordinário tem por fulcro o artigo 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra violação dos artigos 5º, inciso XXXVI e 227, § 6º, da Constituição Federal. O acórdão a qual insurge o recurso extraordinário reconheceu a impossibilidade do prosseguimento da ação de investigação de paternidade, com fulcro na coisa julgada, uma vez que já havia sido ajuizada anteriormente uma ação de investigação de paternidade.

A primeira ação foi julgada improcedente por falta de provas, pois o autor e a sua representante legal eram beneficiários da justiça gratuita e não tinha condições de arcar com o valor do exame de DNA. Destaca-se, também, que nessa época eram as partes que arcavam com o exame, cenário que mudou apenas com o advento da Lei 10.317/01, já mencionado anteriormente.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal julgou no sentido da possibilidade de mitigação da coisa julgada, para a realização do exame de DNA, para que se descubra a verdadeira origem biológica do investigante, tendo em vista que se trata de direito da dignidade da pessoa humana.

Do referido julgamento, merece especial destaque o seguinte trecho do voto do Ministro relator Dias Tófolli:

“É por isso que parece correto afirmar que, quando a demanda anterior foi julgada improcedente, por falta de provas quanto à realidade do vínculo paterno-filial que se pretendia ver reconhecido, a verdade biológica não foi alcançada e, por isso, nova demanda pode ser intentada, para que, com o auxílio de provas técnicas de alta precisão, tal verdade possa, enfim, ser estabelecida, em respeito à dignidade da pessoa humana desse ser que não tem tal vínculo determinado, em sua certidão de nascimento, direito personalíssimo

esse cujo exercício nossa vigente Magna Carta lhe assegura, de forma incondicionada”¹²⁰.

Como visto, o entendimento da Suprema Corte se firmou no sentido da possibilidade de relativização da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade, por considerar que deve prevalecer a verdade real e a dignidade da pessoa humana sobre a coisa julgada e a segurança jurídica.¹²¹

Esse atual entendimento doutrinário e jurisprudencial vem se mostrando o mais justo, haja vista que os filhos não poderiam se contentar com a verdade ficta criada pela coisa julgada, quando se é possível descobrir a verdadeira origem biológica, procurando assim preencher a lacuna da dúvida relativa à paternidade.

Nas ações de investigação de paternidade deve-se garantir o direito dos indivíduos de conhecerem sua verdadeira origem biológica e, para tanto, faz-se necessário a produção do exame de DNA, vez que, por se tratar de prova mais segura, oportunizará aos litigantes a busca da verdadeira paternidade.

A jurisprudência em questão valida à hipótese desta pesquisa, que sustenta a possibilidade jurídica da relativização da coisa julgada diante da prova pericial do DNA. No próximo item colecionar-se-á a jurisprudência que contesta a hipótese deste trabalho, cujo entendimento restou superado.

Importa frisar, ainda, que apesar de não ser a hipótese levantada no presente trabalho, alguns tribunais minoritários vem possibilitando a relativização da coisa para prevalecer a verdadeira origem genética atestada pelo exame de DNA, não só possibilitando que o filho conheça a sua origem, mas também que o pai possa conhecer a sua verdadeira descendência biológica.

Observa-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que corrobora com a flexibilização da coisa julgada nas ações em

¹²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 363889. Diego Goiá Schmaltz e Goiá Fonseca Rates. Relator Ministro Dias Toffoli. DJE Nº 238, publicado em 16/12/2011.

¹²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 560.

que a paternidade foi julgada procedente, mas baseada em provas frágeis. Confira-se¹²².

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXTINÇÃO DITADA. VÍNCULO PARENTAL RECONHECIDO COM BASE, EXCLUSIVAMENTE, EM PROVAS TESTEMUNHAIS. SENTENÇA E ACÓRDÃO TRANSITADOS EM JULGADO. INDISPENSABILIDADE DA PROVA GENÉTICA. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. POSSIBILIDADE. RECLAMO RECURSAL ACOLHIDO. A sacramentização do dogma da coisa julgada não deve se sobrepor, mormente no âmbito do direito de família, aos constantes avanços científicos que, dia a dia, são alcançados no universo da medicina. Assim, essa dogmatização há que ser relativizada em tema de investigação de paternidade, onde a verdade real há de ser perseguida sempre, sucumbindo, pois, às tendências mais modernas, perdendo a coisa julgada, pois, o caráter quase que deificado com que sempre foi ela cercada. E, considerando-se que, hoje, os laços biológicos efetivos entre ascendente e descendente devem ser sempre buscados, ainda mais quando se tem serem esses laços de suma importância no diagnóstico e tratamento de enfermidades que dependem de transplante de órgãos de parentes próximos, de inquestionável oportunidade é admitir-se a tramitação de ação negatória de paternidade, proposta por quem teve a sua paternidade afirmada com base em meros depoimentos testemunhais.

Trata-se de apelação contra a sentença que extinguiu a ação negatória de paternidade em razão de já ter sido proposta ação de investigação de paternidade pelos recorridos, configurando, assim, coisa julgada material.

A paternidade foi reconhecida com base exclusivamente em depoimentos testemunhais, pois o apelante havia se mudado de Blumenau para Bahia, o que dificultou a sua defesa. Em razão disso, o apelante pugnou pela relativização da coisa julgada, para que fosse possível a execução do exame de DNA.

Em suas razões recursais sustenta, em síntese, que nas ações de investigação de paternidade deve-se garantir o direito dos indivíduos de conhecerem sua verdadeira origem biológica e, para tanto, faz-se necessário a produção do exame DNA, vez que, por se tratar de prova mais segura que a testemunhal, oportunizará aos litigantes a busca da verdadeira paternidade.

¹²² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível. APC n. 2007.061645-7, de Blumenau, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 03-04-2008. Disponível em: < <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000AW3Y0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=783323&pdf=true>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deu provimento à apelação, pois entendeu que se deve relativizar o instituto da coisa julgada, deixando de lado o mero formalismo processual, dando prioridade à busca da verdadeira origem biológica.

O egrégio Tribunal de Justiça permitiu a relativização da coisa julgada não apenas na hipótese em que a ação de investigação é julgada improcedente por falta de provas, como também naquelas em que a ação foi julgada procedente, mas baseada em provas frágeis, como as provas testemunhais ou em elementos indiciários.

Deste modo, verifica-se que com o advento do exame de DNA, não há mais espaço para a verdade ficta criada pela coisa julgada. Nessas ações o que se busca é a verdadeira paternidade e não apenas a verdade jurídica. Portanto, deve-se mitigar o instituto da coisa julgada por ser o meio que garante a dignidade da pessoa humana.

3.2. Jurisprudência contrária à relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade

O Superior Tribunal de Justiça tem perfilhado o seu entendimento no sentido da possibilidade de relativização da coisa julgada. Ocorre que antes de chegar a esse entendimento o STJ prestigiava a coisa julgada, impossibilitando assim a sua relativização, sob o fundamento de que deve prevalecer a segurança jurídica. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado¹²³:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. AFASTADA A PATERNIDADE. COISA JULGADA. ADVENTO DO EXAME DE DNA. PROPOSITURA DE NOVA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SE RENOVAR A INVESTIGAÇÃO. PRIMADO DOS CÂNONES DA CERTEZA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **Encontra-se sedimentado neste STJ o entendimento no sentido da**

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. AgRg no REsp: 363558 DF 2001/0127738-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 04/02/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/02/2010. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=942203&sReg=200101277380&sData=20100222&formato=PDF>. Acesso em: 17 ago. 2013.

impossibilidade de se renovar a investigação de paternidade em virtude do advento do exame de DNA, afastando a coisa julgada formada em processo anterior, onde não foi reconhecida a alegada paternidade. 2. As razões do agravo regimental não infirmam os fundamentos da decisão agravada. 3. Agravo regimental não provido.

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal em face de decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial.

O Ministério Público Federal sustenta, em síntese, que deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento da coisa julgada. Sustenta, ainda, que não pode prevalecer a verdade fictícia, formada em processo anterior de investigação de paternidade quando é possível a busca da verdade real pela prova de robusta certeza, como o DNA.

O Ministro relator Luis Felipe Salomão, aduz que o agravo regimental não merece prosperar, vez que formada a coisa julgada e não revista por qualquer ação rescisória, a sentença torna-se definitiva e indiscutível no âmbito judicial. Sustentou, ainda, em seu voto que rever tais situações, em virtude de nova técnica a instrumentar a dilação probatória fere a certeza e a segurança jurídica, instaurando-se a desarmonia no meio social. Em razão disso negou seguimento ao agravo regimental.

Nesse mesmo sentido era o entendimento perfilhado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais¹²⁴:

DIREITO DE FAMÍLIA - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - COISA JULGADA - EXTINÇÃO DO PROCESSO - RECURSO PROVIDO. Há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença de que não caiba recurso. **Permitir a repetição de uma ação em desrespeito ao princípio da coisa julgada seria conferir à prova pericial hierarquia sobre os demais meios de prova. E pior, seria considerar desprovida de qualquer valor a ação de investigação de paternidade julgada sem a realização daquele exame.**

¹²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível. APC n. 1.0040.05.036133-2/001 (1), Rel. Des. Moreira Diniz, j. 21/08/2008 e pub. 09/09/2008. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5965089/100400503613320011-mg-1004005036133-2-001-1/i-nteiro-teor-12101321>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a sentença que julgou procedente a ação negatória de paternidade, para declarar que o autor não é o pai do requerido.

O réu ajuizou a ação de investigação de paternidade, em 1997, a qual foi julgada procedente. Decorridos sete anos do trânsito em julgado da sentença, o pai do autor propôs ação negatória de paternidade, com o objetivo de descobrir a verdade real quanto a sua descendência biológica, com a realização do exame de DNA.

O apelante alega, em síntese, que o processo deve ser extinto sem resolução do mérito, em respeito à coisa julgada. Entendimento seguido pelo Tribunal que deu provimento ao recurso sob o argumento de que ao se desprestigiar o instituto da coisa julgada, gera-se incerteza jurídica.

Do referido julgamento, merece especial destaque o seguinte trecho do voto do Desembargador Moreira Diniz:

“Afinal, pergunta-se, quantas vezes será possível a renovação de uma ação, sempre que surgir, à disposição da Justiça, novos e mais perfeitos meios de prova? Hoje, temos o DNA como uma prova irrespondível, inquestionável. Como faremos amanhã, entretanto, se novo meio de prova, mais moderno e mais perfeito que o DNA, desvalidar a qualidade desse último? Como fazer com os atos já praticados após a primeira ação, com a geração de direitos ou a afetação de direitos de terceiros? Ninguém poderá mais dormir em paz”¹²⁵.

A jurisprudência vinha perfilhando o seu entendimento no sentido de não ser possível a mitigação da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade com o advento do exame de DNA, sob o argumento de que geraria insegurança jurídica, pois não se pode rever tudo que já foi decidido em razão da evolução da prova técnica.

¹²⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0040.05.036133-2/001(1). Ministério Público de Minas Gerais e M. F. A. Relator Desembargador Moreira Diniz. Data de Julgamento: 21/08/2008.

Os autores contrários à relativização da coisa julgada entendem que se deve primar pela segurança jurídica, vez que ao possibilitar a repropositura de uma nova ação, com a mesma finalidade, estaria por eternizar os litígios.

Ocorre que em se tratando de ações de estado, onde está em jogo direito personalíssimo, deve-se ter segurança da realidade, com base na verdade científica, e não na ficção jurídica.

Nas ações investigatórias em que não foi possível a realização do exame de DNA, não há o que se falar em segurança jurídica. De forma excepcional, acentua Rolf Madaleno:

“São sentenças da inconformidade, sem resolução para os conflitos internos e sem esperança para a paz exterior. Esta ordem de protagonistas, vencidos ou vencedores, será sempre atormentada pela dúvida, precisamente porque não foi calada pela verdade científica. De nada serve impor uma paternidade jurídica e presumi-la como produto provável da procriação investigada, porquanto, acima dessas sentenças que se impõe com a autoridade da coisa julgada, ainda que carentes da perícia genética, por sobre elas subsiste a paternidade cultural. Não sobrevivem perfilhações de complacência, pois atualmente, só a verdade material tem o condão de sepultar o impulso da incerteza parental oriunda da verdade processual passada em julgado. É o desejo constante e incontido de sempre querer saber a verdade pela pesquisa da incontestável prova científica e que se habilita a desvendar os mistérios da herança genética”¹²⁶.

A coisa julgada deve ser mitigada sempre que estiver em jogo direito personalíssimo, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana. Portanto, deve-se mitigar o instituto da coisa julgada, especialmente naquelas ações que foram julgadas improcedentes por falta de provas, facilmente refutáveis pelo exame de DNA.

Nesse mesmo sentido é o entendimento perfilhado Rolf Madaleno. Confira-se:

“No âmbito atual das ações de investigação ou de negação da paternidade e assim também naquelas que pesquisam na

¹²⁶ LEITE, Edurardo Oliveira: Coordenador. et al. **Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 294.

eventualidade, o vínculo de maternidade, é preciso atenuar os princípios que regem o princípio da coisa julgada. Não há mais espaço para impor esse conceito inflexível da coisa julgada e que deita sobre as demandas investigativas ou negatórias de paternidade, que tinham suas raízes biológicas declaradas por sentenças com suporte exclusivo na atividade intelectual do decisor judicial, encarregado de promover a rígida avaliação dos tradicionais meios probatórios até então disponibilizados e vertidos para o ventre da ação parental".¹²⁷

Deve-se oportunizar que ao investigador a descoberta da verdade real, pois o direito à identidade pessoal é direito fundamental que se revela como um mote na proteção ao conhecimento e estabelecimento da ascendência biológica.

O ordenamento jurídico deve ser interpretado de modo a prevalecer o valor material da origem biológica em face do valor processual da coisa julgada. Isso porque, as normas de caráter processual e instrumental não podem impedir, conforme a jurisprudência atual, o reconhecimento do estado de filiação, principalmente quando o estágio atual da ciência permite a descoberta da verdadeira origem biológica.

¹²⁷ LEITE, Eduardo Oliveira: Coordenador. et al. **Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 301.

CONCLUSÕES

Conforme demonstrado na presente monografia com o advento do exame de DNA não há mais espaço para sustentar o instituto da coisa julgada como inflexível e absoluto. A coisa julgada não deve ser desrespeitada, mas apenas flexibilizada quando estiver em jogo direitos inerentes ao homem, como no caso das ações investigatórias de paternidade.

Assim, com o advento do exame de DNA, e por conseguinte, a possibilidade de se ver revelada a verdadeira origem biológica, não há mais espaço para as sentenças que foram julgadas improcedentes por falta de provas, uma vez que o DNA possibilita a descoberta quase que absoluta da verdadeira origem biológica.

Nessas ações, há uma colisão entre dois princípios de mesma hierarquia, quais sejam: o princípio da segurança jurídica e o princípio da dignidade da pessoa humana. Por se tratar de normas de mesma hierarquia não podemos invalidar um princípio em detrimento do outro. Em razão disso, a solução que se propõe é a aplicação do princípio da proporcionalidade, para que possa se identificar qual princípio se apresenta no caso concreto como de maior valia.

Como a dignidade da pessoa humana constitui o mais amplo princípio deferido ao ser humano pelo ordenamento jurídico, em razão de nele estarem contidos todos os demais princípios, especialmente, aqueles ligados à existência humana, é a dignidade que deve prevalecer sobre o princípio da segurança jurídica.

Quando existe o impedimento dos filhos conhecerem suas verdadeiras origens biológicas, acaba-se por afrontar este princípio. Ademais, como visto o reconhecimento ao estado de filiação se apresenta na ordem jurídica embutido na premissa ética da dignidade da pessoa humana.

Com isso, concluímos que a coisa julgada não pode sobrepor-se ao princípio da dignidade da pessoa humana por se tratar de uma norma fundamental, devendo ser tutelada e garantida pela justiça.

Ao elevar a coisa julgada acima do princípio da dignidade da pessoa humana não estamos gerando qualquer segurança jurídica, pois não estaremos primando pela verdade real dos fatos, mas apenas pela solução ficta dos litígios, o que não satisfaz a real necessidade dos litigantes dessas demandas. Não há nada mais inseguro do que a justiça imobilizar decisões baseadas em meras presunções quando se pode averiguar a verdade real dos fatos.

Impossibilitar que os investigadores descubram suas origens e a sua história apenas pelo fato de haver uma mera formalidade processual acabaria por gerar insegurança a todos, o que não é a finalidade da justiça. Não se deve primar apenas pelas formalidades, mas sim dar aplicabilidade e efetividade a justiça.

A falibilidade das decisões trazem consequências imensuráveis não só ao emocional das partes, mas também aos direitos decorrentes dessas decisões, pois acaba-se por deixar de atribuir direitos a quem é de fato titular dele. Nas ações investigatórias, onde esta em jogo, por exemplo, direitos sucessórios, um filho pode deixar de receber que lhe era de direito.

Deste modo, não nos resta qualquer dúvida da importância do exame de DNA e da possibilidade de se relativizar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, pois nessas demandas não se busca apenas a solução de um litígio, mas sim sanar uma dúvida emocional, de cunho afetivo, alcançando a paz interna dos litigantes dessas demandas.

Assim, como vem possibilitando os doutrinadores adeptos da corrente majoritária, como Maria Berenice Dias, Cristiano Chaves de Faria, Arnaldo Rizzardo, Rolf Madaleno e, em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, a flexibilização da coisa julgada nas ações investigatórias tem se mostrado como a solução mais justa e eficaz para a solução desses litígios.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2 ed, 2012.

ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 3 ed, 2004.

BARBERATO, Celso. **A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade e de maternidade**. Franca: Revista Jurídica da Universidade de Franca, ano 6, n. 11, 2º semestre de 2003.

BARROSO, Luís Roberto et al. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos, rev. Téc. Cláudio De Cicco. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6 ed, 1995.

BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Teoria geral da prova**. São Paulo: Edicamp, 2001.

CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. et al. **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CRUZ, José Aparecido. **Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro: teoria, legislação jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado LTDA, 2004.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4 ed., 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de família**: princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Editora de Direito LTDA, 2003.

LEITE, Eduardo Oliveira: Coordenador. **Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NASCIMENTO, Carlos Valverde do; THEODORO, Humberto Theodoro; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa julgada inconstitucional**: a questão da segurança jurídica. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência / Rizzato Nunes. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha et al. **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PORTO, Éderson Garin. **Tendências Constitucionais no Direito de Família**: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. Curitiba: Jurua, 2001, 7 ed, p. 89.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER, Theobaldo Neto. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 197.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa julgada na investigação de paternidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipótese de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.